

acadêmicas, com remuneração compatível. Para isso, é necessário adequar os espaços disponíveis, melhorar a qualidade das bibliotecas e estimular trabalhos de pesquisa.

Artigos Doutrinários

Regime Jurídico do Domínio Público*

João Batista Gomes Moreira**

Na configuração tradicional, perpassa quase todo o regime jurídico da Administração Pública uma linha divisória, dicotômica, ficando de um lado as entidades administrativas de direito público, os servidores públicos estatutários, os atos de império (ou de gestão pública), os contratos administrativos, os serviços públicos, a responsabilidade civil objetiva; do outro, as empresas estatais, os servidores sob regime contratual, os atos de gestão, os contratos (privados) da Administração, as atividades econômicas do Estado, a responsabilidade civil comum ou subjetiva. Da mesma forma, o *domínio público* recebe enfoque notadamente dicotômico, classificando-se os bens em *públicos propriamente ditos* (os de uso comum do povo e os de uso especial) e em *domínio privado do Estado* ou *patrimônio fiscal* (bens dominicais). É a classificação empregada na França e na Itália, onde a expressão *domínio público* não inclui a última classe de bens, considerada *domínio privado do Estado*¹. Essas dicotomias têm origem na *teoria do fisco* e na concepção de dupla personalidade do Estado, de que resulta a de gestão *pública* e *privada* da Administração. Na origem do Direito Administrativo, foram reforçadas (as referidas dicotomias) em função da necessidade prática de fixar a competência do Conselho de Estado francês.

O Direito Administrativo vem superando tais dicotomias, na medida em que se afirma como seu critério fundamental a *finalidade pública*, independentemente da classificação *público* e *privado*. Em matéria de domínio público, especificamente, verifica-se inadequação da classificação dicotômica: a) na forçada reunião, numa mesma classe, de duas espécies de bens – os de uso comum do povo e os de uso especial; b) na afirmação de um *setor privado* do Estado, dando ensejo à idéia de que a vontade particular do administrador ganha foros de liberdade.

* Reprodução parcial, corrigida e adaptada, de capítulo (“domínio público”) do livro *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

** Mestre e doutor em Direito Administrativo pela UFMG; desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

1. Propriedade e administração

São distintas as relações de *propriedade* e de *administração*. A chamada *propriedade pública* não é adaptação para o Direito Administrativo, como quase sempre se interpreta, da *propriedade* regida pelo Direito Civil. Embora a Constituição especifique como *bens da União* (art. 20), é certo, por exemplo, que os rios e lagos (inciso III) são bens de uso comum do povo. Ninguém melhor que o inesquecível Ruy Cirne Lima (luminar do Direito Administrativo brasileiro, assim como o Professor Caio Tácito, nesta oportunidade homenageado) dedicou-se à defesa da tese, aparentemente clara, mas submetida a obscurecimento ideológico (patrimonialista), de que *administração* exprime relação diferente de *propriedade*, designando justamente a atividade do que não é proprietário, isto é, do que não tem a disposição da coisa administrada. Disse: “opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”. Há relação de administração (diferente também da relação de mandato) “quando a finalidade, a que a atividade se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família². Todos os bens públicos, incluídos os dominicais, devem ser vistos sob o prisma de que sobre eles “não prepondera o domínio da vontade particular, em si mesma, devendo valer o primado finalístico dos princípios de Direito Administrativo”³.

A relação de Administração Pública, contraposta à de propriedade, revela-se nítida nos bens de uso comum do povo: “na propriedade, cabe ao proprietário a faculdade de excluir; no domínio público, quanto aos bens de uso comum, ao utente, a pretensão de não ser excluído”⁴. Não nega Ruy Cirne Lima, todavia, pontos de contato entre a relação de administração e a de propriedade. A relação de direito subjetivo (propriedade) convive com a relação de administração, mas é secundária a esta, à qual se deve conformar. É nítida a correlação entre finalidade e propriedade dos bens públicos com a distinção, feita pela doutrina italiana, entre interesse público primário e secundário.

A evolução dá-se em três etapas: no período absolutista, os bens públicos, mesmo os de uso comum, eram de domínio do soberano, que pessoalmente os explorava (patrimonialismo); no Estado de Direito, tais bens saíram do domínio particular do príncipe para a propriedade e poder do Estado, pessoa jurídica, instituindo-se um regime genérico de prerrogativas inerentes a esses mesmos bens; no atual momento histórico, o regime jurídico dos bens públicos busca definir-se em função da atividade e da finalidade administrativas, o que justifica não um poder

incondicional, mas um poder-dever (ou dever-poder) da Administração, submetido ao princípio da proporcionalidade. Assim é que as notas de impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade devem atender menos à titularidade que a finalidade dos bens.

2. Tipologia

Estabelece o art. 99 do Código Civil que “os bens públicos são: I – os de uso comum do povo, tais como os rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

Essa classificação – concordam os autores – não é exaustiva, mas apenas indicativa das três principais finalidades dos bens integrantes do domínio nacional. Não se comportam na enumeração – ainda segundo a doutrina –, por exemplo: a) os cemitérios, mercados, estações ferroviárias e rodoviárias, aeroportos e outros, que são, ao mesmo tempo, de uso comum do povo, de utilização especial das respectivas administrações e serviços e de utilização exclusiva, neste caso podendo ser incluídos os jazigos, boxes, lojas e bancas de jornais;⁵ b) as fortalezas, que são, simultaneamente, meio de realização e a própria concretização do serviço de defesa nacional; c) os vagões das estradas de ferro, aplicados ao serviço público de transporte ou à exploração de atividade econômica; d) as indústrias monopolizadas pela União; e) bens não pertencentes às entidades administrativas, mas integrados ao domínio público, como o álveo do rio público subtraído à propriedade particular pela mudança de curso e os bens utilizados pela Administração em caso de perigo iminente, guerra ou perturbação da ordem;⁶ f) bens dominicais disponíveis, ao lado de outros da mesma classe, mas indisponíveis porque especializados por força da Constituição, como as terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais⁷.

O regime jurídico dos bens integrantes do domínio público está pontilhado numa sequência gradativa. Não há, pois, apenas dois regimes – *público* e *privado* – em formas puras, mas uma série contínua (tipológica) de tons e matizes, não se podendo dizer que haja, mesmo no limite dessa sequência, regime propriamente privado, mas, mesmo aí, o regime da finalidade pública.

O conceito de domínio público excede o de propriedade pública também porque para a configuração daquele basta a vinculação à finalidade pública, que está

presente em qualquer *propriedade pública*, mas pode estender-se à *propriedade privada*. Além dos bens públicos propriamente ditos, a doutrina vem criando a categoria dos *bens de interesse público*, formada pelos bens de titularidade privada, mas subordinados a uma disciplina especial determinada pelo fim público. O regime jurídico desses bens impõe restrições quanto a seu gozo (uso controlado) e disponibilidade (circulação controlada) e os sujeita a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública⁸. Também Fernando Andrade de Oliveira refere-se a essa novidade da doutrina:

Um passo adiante é dado por Gianini que, censurando o conceito de função social, propõe a sua substituição pelo de *bens de uso controlado*. Desse modo, nota-se uma gradação das intervenções de interesse público no direito de propriedade, distinguindo-se: a) uma propriedade absoluta e exclusiva; b) uma propriedade com limitações; c) uma propriedade *negativamente controlada*; d) uma propriedade *positivamente controlada*, quanto à circulação ou tráfico dos bens e quanto à sua utilização.⁹

A modulação do regime jurídico dos bens públicos é determinada pelo fato de que formam o domínio público todos os bens que participam da atividade e dos fins administrativos.¹⁰ Nem tem importância a titularidade desses bens, que mesmo sob domínio privado, se afetados à finalidade pública, são bens publicizados ou quase-públicos, situados numa zona intermediária e “subordinados ao télos de bem público”.¹¹ Assim como no dirigismo contratual, o Poder Público intervém no universo de bens privados com o objetivo de direcionar certas espécies para a finalidade pública, levando a cogitar-se, semelhantemente ao que acontece com os contratos, de um regime biface ou híbrido.

3. Prerrogativas instrumentais

Mesmo os bens dominicais ou do patrimônio fiscal estão, mediata e potencialmente, vinculados à finalidade pública, justificando-se, por isso, sua submissão ao regime administrativo. Esses bens estão momentaneamente desativados, mas não é razoável pretender que a Administração não possa ter reservas. Ao contrário, como em qualquer empreendimento, é necessário que as tenha principalmente para fazer face a situações imprevisíveis. Pode-se considerar que as reservas estão afetadas a uma finalidade que lhes é inerente. É típica a situação das reservas cambiais, que se destinam, por si mesmas, a manter a credibilidade internacional e a estabilidade econômico-financeira. É igual a situação das reservas ambientais, estabelecendo a Constituição que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais” (art. 225, § 5º). Ambas as reservas – financeiras e ambientais – se é que não devem ser excluídas da classe de bens dominicais, evidenciam que

os bens do patrimônio fiscal apresentam uma gradação interna quanto à potencialidade para o atendimento da finalidade pública, o que justifica modulação do respectivo regime jurídico conforme essa potencialidade. A disposição dos bens públicos numa seqüência tipológica, conforme a finalidade a que estão afetados, permite pensar numa gradação, também, das prerrogativas instrumentais que lhes são pertinentes.

3.1. Impenhorabilidade

A prerrogativa genérica de impenhorabilidade dos bens públicos só se justifica como resquício dos “arraigados privilégios fiscais do Estado absolutista”. Defendem Salemi e Ranelletti que, em casos excepcionais, é possível e mesmo necessária a execução forçada contra a Administração.¹² É possível admitir a penhora, pelo menos, de bens que estejam classificados como *reserva* (denominação que substituiria a de *bens dominicais*), sem a perspectiva imediata de emprego a uma finalidade específica. É a orientação seguida pelo Código Civil português, art. 823, que prevê impenhorabilidade apenas para os bens estatais que “se encontrem afectados ou estejam aplicados a fins de utilidade pública”, excluindo-se ainda, mesmo nessa hipótese, os casos de execução por coisa certa ou para pagamento de dívida com garantia real.

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, prevê a instituição de Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), do qual a União, suas autarquias e fundações públicas poderão participar mediante aporte de bens e direitos, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude de parcerias de que trata a referida lei. A integralização das cotas será realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, incluídas ações de sociedades de economia mista federal e outros direitos com valor patrimonial. O aporte de bens de uso especial ou de uso comum será precedido de sua desafetação. O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, podendo este ser objeto de penhor de bens móveis, hipoteca de bens imóveis, alienação fiduciária e outros contratos que produzam efeito de garantia, além de “garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação” (constituído de patrimônio “que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP”). Os bens e direitos do Fundo poderão “ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”. Especialmente aí, a Lei das PPP’s vem sendo acoimada de inconstitucionalidade porque entraria em confronto com o disposto no art. 100 da Constituição. Não haverá

inconstitucionalidade se for dada ao art. 100 da Constituição interpretação que permita excluir do sistema de precatório a execução de título extrajudicial (que não depende de sentença judiciária *stricto sensu*), o que entendo possível.

Em contrapartida a essa preconizada abertura de modo a possibilitar a penhora de certos bens da Fazenda Pública, o critério da finalidade justifica atribuição de regime especial aos bens afetados à prestação de serviço público, mesmo que sob a titularidade de concessionárias ou pessoas administrativas excluídas da regra do art. 100 da Constituição. Na prática, entretanto, impõe-se a instituição de outro meio de garantia da execução de suas obrigações, além da simples responsabilidade subsidiária da entidade estatal, que, no regime de precatórios, não vem cumprindo satisfatoriamente sequer as próprias obrigações. No Direito brasileiro, revela-se tendência para estender o regime próprio de bens públicos ao patrimônio das empresas estatais que prestam serviços públicos ou que exerçam atividades econômicas monopolizadas¹³. Na opinião de Hely Lopes Meirelles, os bens vinculados à atividade-fim de serviço público são relativamente inalienáveis e, por isso, insuscetíveis de oneração ou penhora, em face do princípio da *continuidade do serviço*¹⁴. Em idêntica direção, é lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, mesmo sob a titularidade de empresas estatais com personalidade jurídica de direito privado, os bens afetados à prestação de serviço público são bens públicos, não podendo ser distraídos de tal finalidade. Decorre daí que não serão penhorados para garantir execução judicial e ficarão à margem da massa falida, respondendo o Estado subsidiariamente, em compensação, pelas obrigações daquelas empresas¹⁵.

Não foi a orientação seguida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 15/09/98, no julgamento do RE 222.041-5/RS, ao concluir, à luz do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição, pela inconstitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, na parte que instituiu a impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Tal posição merecia ser revista em seu fundamento porque a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não exerce atividade econômica *stricto sensu*, mas, efetivamente, serviço público de competência da União (art. 21, X, da CF). A finalidade do art. 173, § 1º, II, da Constituição é preservar o princípio da livre concorrência nas atividades econômicas, que, no caso, não se achava em risco. A revisão veio com a decisão plenária no RE 220.906/DF, pela compatibilidade do Decreto-Lei 509/69 com a Constituição Federal, assentando-se, em consequência, a impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Prevaleceu a posição doutrinária manifestada, reiteradas vezes, pelo Ministro Carlos Mário Velloso e que pode ser conferida pela ementa de julgamento do RE 229.444-8/CE:

Ementa: Constitucional. Processual Civil. Empresa pública prestadora de serviço público. Execução. Precatório.

Os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviço público, são impenhoráveis, porque ela integra o conceito de Fazenda Pública. Compatibilidade, com a Constituição vigente, do DL 509, de 1969. Exigência do precatório: CF, art. 100.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RREE 220.906/DF, 229.696/PE, 230.072/RS, 230.051/SP e 225.011/MG, Plenário, 16/11/00.

RE não conhecido. (STF. 2ª Turma. Unânime. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 19/06/01. DJ de 31/08/01, p. 64).

Pertinente ao tópico é questão, que já chegou ao Poder Judiciário, relativa à impenhorabilidade de numerários depositados em conta bancária da Companhia Nacional de Abastecimento, empresa pública, destinados à gestão da *política de garantia de preços mínimos*. A Companhia Nacional de Abastecimento desempenha *serviço público* previsto no art. 23, VIII, da Constituição como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios: *fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar*. Objetar-se que o art. 173, § 1º, II, da Constituição prevê para as empresas estatais regime jurídico próprio das empresas privadas, logo a Conab não poderia dispor daquela prerrogativa. Acontece que, como essa disposição relativa ao regime jurídico próprio das empresas privadas é parte de um parágrafo do art. 173, diz respeito apenas às empresas dedicadas a atividades econômicas *stricto sensu* (“exploração direta de atividade econômica pelo Estado”), não às empresas estatais prestadoras de serviço público. Assim, não está a Conab impedida de usufruir prerrogativas não extensíveis ao setor privado, desde que razoavelmente justificadas pela finalidade de realização de suas atribuições.

3.2. Imprescritibilidade

Prerrogativa que também precisa ser colocada em seus devidos termos é a imprescritibilidade genérica dos bens públicos. Não se entende a razão dessa prerrogativa, em termos tão amplos, ao mesmo tempo em que a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), no art. 54, prevê que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Leitura, *a contrario sensu*, do art. 225, § 5º, em conjunto com o art. 188 da Constituição, possibilita admitir a existência de *terras devolutas disponíveis*, não classificadas como *públicas* e excluídas, em consequência, da disposição do art. 183, § 3º, quando desnecessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Com tal interpretação, conclui Juarez Freitas que a vontade da Constituição no que tange

à insuscetibilidade de usucapião de imóveis públicos pode ser relativizada para atender ao princípio da função social da propriedade.¹⁶

3.3. Indisponibilidade

Estabelece o Código de Processo Civil, art. 319, que, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Diz, em seguida, o art. 320, II, que a revelia não induz, contudo, ao mencionado efeito “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

Interpretação no sentido de que o chamado *patrimônio fiscal* (bens dominicais) constitui *domínio privado do Estado* poderia levar a concluir que essa espécie de patrimônio se exclui do conceito de *indisponível* para os efeitos do referido dispositivo. Não se pode, porém, confundir *alienabilidade* desse patrimônio (que, aliás, depende de autorização legal) com *disponibilidade*, pois – já se afirmou –, o administrador, diferentemente do proprietário, não tem a *disposição* da coisa administrada.

Por outro lado, como ao Ministério Público compete a defesa dos *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da Constituição), cabendo-lhe intervir nas ações em que há *interesse público* (art. 82, III, do Código de Processo Civil), e o órgão não intervém obrigatoriamente nas causas patrimoniais da Fazenda Pública, poder-se-ia cogitar de que estas versam sobre *interesses disponíveis*. Nada mais errôneo. De duas uma: ou é incorreta a interpretação que dispense intervenção do órgão ministerial nessas causas, ou se trata aqui de uma indisponibilidade de segunda ordem, que não obriga a intervenção do Ministério Público, mas, de qualquer modo, indisponibilidade que justifica a aplicação daquele dispositivo legal.

3.4. Autotutela

Na seqüência, o tema envolve exame de outra prerrogativa da Administração, que consiste na faculdade de resguardar-se diretamente, por meio da instituição de normas, de fiscalização e de imposição de sanções legais, da apropriação indevida e da inadequada utilização dos bens públicos. Trata-se da *autotutela* (ou polícia) da Administração, que se assenta na inviolável dependência, como regra, de recurso à via judicial para qualquer intervenção protetora de seus bens. Afirmada na praticidade a justificativa para autotutela administrativa, remanesce, em consequência, o dever da Administração de obediência ao devido processo legal e o interesse processual para recorrer à via judicial sempre que as circunstâncias recomendem. Não há impropriedade no Código de Águas (Decreto 24.643/34) quando dispôs, art. 58, que “a Administração Pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor *incontinenti* no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem ocupados por particulares, ou mesmo pelos

Estados e Municípios (....)”, acrescentando o art. 59 que, “se julgar conveniente recorrer ao juízo, a Administração poderá fazê-lo tanto no juízo petitório como no juízo possessório”. Conforme a jurisprudência, “embora a Administração, pelo princípio da auto-executoriedade, possa reintegrar-se *ex proprio Marte* na posse de bem público de uso comum, nada impede que o faça através do Judiciário (JTA 118/213, maioria)”¹⁷.

Quanto às ações possessórias, é peculiar àquelas destinadas à proteção do patrimônio público a possibilidade, em face da indisponibilidade do interesse público, de deferimento liminar mesmo ser intentadas além do prazo de ano e dia da turbção ou esbulho. De acordo com o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/46, “o ocupante de imóvel da União, sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil”. Excetuam-se dessa disposição, na forma do parágrafo único, apenas as ocupações de boa-fé, com cultura efetiva e morada habitual. Para que seja justa a posse sobre bem público, é insuficiente que não seja violenta, clandestina ou precária, exigindo-se em qualquer hipótese haja assentimento da entidade competente, numa das formas legais. Assim é que, conforme jurisprudência que vem desde o Tribunal Federal de Recursos, “não há distinguir, para efeitos legais, entre posse clandestina e *ocupação*, sem que esta seja precedida de ato autorizativo, nos termos do Decreto-Lei 9.760, de 1946”¹⁸. Há outras decisões no mesmo sentido:

Tratando-se de terras do domínio da União, destinadas à utilização pelo serviço público, integram o patrimônio administrativo, que é indisponível. À posse delas, não consentida, não são aplicáveis as normas do Estatuto da Terra, cabendo a reintegração de posse.¹⁹

Se o terreno da União, destinado a instalações aeroportuárias, é ocupado irregularmente por terceiros, cabe a imissão de posse, com base no art. 132 do Decreto-Lei 9.760, de 1946. Certa é a sentença que decreta a desocupação do imóvel, facultando aos ocupantes a retirada de suas benfeitorias.²⁰

Imóvel da União ocupado por particular. Ausência de prova do alegado *contrato de parceria agrícola*. Direito de a União despejá-lo sumariamente, uma vez que não teve o assentimento do Poder Público para ocupá-lo. Perda, em favor daquele, de tudo que tiver incorporado ao solo. O direito às benfeitorias necessárias está condicionado à prova de que as fez, no pertinente às construções e plantações.²¹

Constitucional. Processual Civil. Proteção ambiental. Art. 928 do CPC. Art. 225, caput, da Constituição.

I – Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais (parágrafo único do art. 928 do CPC).

II – O poder do particular sobre terras públicas, consoante lição de Orózimo Nonato, posto que se desvele como relação possessória, não é posse. É detenção.

III – A vinculação jurídica da coisa a uma finalidade pública tem a primazia absoluta sobre qualquer situação jurídica privada (Forsthof).

IV – O dever de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, é de todos, isto é, do Poder Público e da coletividade.

V – Agravo regimental provido e negado provimento ao agravo de instrumento. (TRF-1ª Região. 3ª Turma Suplementar. Ag 1999.01.00.029263-8/TO. Relator para acórdão: Des. Federal Carlos Fernando Mathias. Maioria. Data do julgamento: 06/02/03. DJ de 15/05/03, p. 188).

Pertinente também ao campo da polícia administrativa do domínio público é a questão da chamada *área azul*, que tem justificado cobrança pelo estacionamento de veículos em via pública. Sustenta-se que tal exigência está autorizada pelo art. 103 do Código Civil (art. 68 do antigo Código), o qual prevê: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”. Exame mais detido revela, entretanto, que não se trata — a remuneração pela utilização da *área azul* — de *preço público*, mas, efetivamente, de *taxa de polícia* ou, quanto menos, de *taxa de utilização* semelhante ao *pedágio*. No regime da anterior Constituição, parte da doutrina orientou-se no sentido de que o *cartão azul* configurava *taxa de uso* de bem do domínio público, como tal indevida, porque só se permitia que as pessoas políticas instituíssem *taxas de serviço* e *taxas de polícia*. Na opinião de Odete Medauar, “o estacionamento de veículos pode ser objeto de normas que limitem o tempo de permanência, pois a via pública não se destina a ser garagem de uns em detrimento do uso de todos”.²² Igualmente, a propósito dos bens de uso comum, entende Ruy Cirne Lima que, “a fim de assegurar a normal distribuição, no tempo e no espaço, dos utentes, serve-se a Administração da intervenção reguladora da polícia”.²³ É, portanto, uma taxa (natureza tributária) o que se paga a título de promover o rodízio nos estacionamentos em via pública, sujeitando-se a sua instituição e cobrança aos princípios constitucionais tributários. Mas, na prática, assim não vem sendo considerado.

4. Veículos de comunicação de massa

O *espaço de comunicação de massa*, como a *ágora* ateniense, deve ser considerado *bem de uso comum do povo*, pois “no regime democrático esse espaço é necessariamente público, no sentido etimológico da palavra, uma vez que o poder político supremo (a soberania) pertence ao povo”.²⁴ A centralidade da mídia tor-

na-a *palco privilegiado* das disputas de poder, tornando essencial “saber quais as condições necessárias para que o controle desse poder da mídia possa ser transferido de uns poucos para o conjunto da sociedade”.²⁵ Os meios de comunicação de massa são uma extensão do Parlamento ou da praça pública, ou seja, dos locais de discussão e deliberação política, por isso não poderiam estar sujeitos à apropriação particular e à lógica da exploração privada; não poderiam ser *vendidos* (para usar a expressão de uma certa autoridade que, na *privatização* de serviços de telecomunicações sem transferência de equipamentos, dizia que fora *vendido* apenas o *ar*, por um preço relevante). Na realidade, porém, são apropriados por governantes ou formam oligopólios empresariais, a serviço dos interesses político-eleitorais e econômicos, numa mescla de autoritarismo e patrimonialismo. Sem a disponibilidade dos meios para seu exercício, a liberdade de expressão e de informação é literalmente alienada.

O espectro de radiofrequência é bem de uso comum do povo, como tal definido “tanto pelos *Radios Acts* de 1912 e 1927 quanto pelo *Communications Act* de 1933”²⁶. Destina-se, por vocação, à realização do direito fundamental de liberdade de comunicação e expressão, de aplicação imediata nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição. Cabe ao Estado seu gerenciamento promocional como serviço público, em vez de policial e patrimonialista, como tem acontecido no Brasil, especialmente em relação às rádios comunitárias²⁷.

A comunicação de massa desenvolveu-se no Brasil, assim como nos demais países da América Latina, durante os regimes militares, voltados para a política de integração nacional e de preservação de movimentos subversivos da ordem então estabelecida, o que facilitou a formação de oligopólios, em detrimento da diversificação por meio da instituição de veículos locais e regionais, que se tinham como de difícil controle. Tem tal inspiração o art. 70 da Lei 4.117/62, com redação dada pelo Decreto-Lei 236/67: “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos”. Os serviços de rádios comunitárias ainda não conseguiram romper as amarras do autoritarismo. Prova é a timidez com que a Lei 9.612/98 tratou da matéria, ao ponto de limitar a potência de tais rádios ao máximo de 25 *watts ERP* e a cobertura restrita à comunidade de um bairro ou vila (art. 1º, §§ 1º e 2º), quando sua finalidade maior é atender às populações rurais de extensos Municípios. Sob invocação do poder de polícia, o Estado, que se omite no dever de prestar os serviços, lacra sumariamente estações instaladas pelas comunidades Municipais, sob a justificativa de que representam risco para a navegação aérea, ainda que não se tenha notícia de qualquer queda de aeronave provocada por uma das milhares

de rádios que funcionam no Brasil sem autorização formal do Ministério das Comunicações.

No Direito Administrativo, *autorização* tem três sentidos distintos: autorização como forma de delegação de serviço público, ao lado da permissão e da concessão; autorização de uso de bem público; autorização como ato de polícia administrativa de atividades potencialmente danosas. A autorização de funcionamento de rádios comunitárias, que se ajusta à primeira acepção, tem sido considerada indevidamente autorização policial de atividades perigosas.

5. Bens de uso comum da humanidade

Diz a Constituição que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225). Para assegurar a efetividade desse direito – prevê ainda – o Poder Público pode definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade de seus atributos. De imediato, já se definem como patrimônio nacional a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, cuja utilização far-se-á dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente. A tipificação como *patrimônio nacional* não elimina, apenas restringe a propriedade privada sobre as terras das referidas regiões.

A preservação do meio ambiente é preocupação internacional, já se cogitando de qualificá-lo como *bem de uso comum da humanidade*. Um sintoma dessa tendência é a proliferação de organizações internacionais destinadas à proteção ambiental, incluída a defesa de populações indígenas mediante a criação de reservas territoriais. De forma mais radical, fala-se na internacionalização de áreas como a Amazônia (pulmão do planeta), de especial valor para a preservação do meio ambiente, e na criação de uma agência ambiental com poderes supranacionais, bem como de um tribunal ambiental mundial. Há muito vêm formando coro manifestações como a de que, “ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos” (Al Gore)²⁸; “o Brasil deve delegar parte de seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes” (Mikhail Gorbachev); “o Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia” (François Mitterrand)²⁹. O então candidato, eleito Diretor-Geral da Organização Mundial do Comércio, Pascal Lamy, disse que “a Amazônia e as outras florestas tropicais deveriam ser consideradas *bens públicos mundiais* e, como tal, submetidas à gestão coletiva da comunidade internacional”.³⁰ A idéia encontra

forte reação de juristas como Paulo Bonavides, que a ela se refere como ameaça de mexicanização da Amazônia, que já fora repelida pelos Constituintes de 1946, sob a liderança de Goffredo Telles Junior³¹.

A insuficiência de água potável já é motivo de conflitos entre diversos povos e há previsão de que possa desencadear guerras, no presente século, à semelhança do que ocorreu no Século XX em relação ao petróleo.³²

Defende-se que as sementes também sejam declaradas bem de uso comum da humanidade, devendo ser conservadas em sua integridade genética para uso das gerações futuras, o que confronta com o interesse capitalista de patenteamento da biotecnologia por grupos econômicos.³³

Assim como o valor de certos bens do patrimônio natural, o de certos bens do patrimônio cultural vai além dos limites dos respectivos países. A título de exemplo, “as frisas do Pártenon ou a pedra de Roseta, expostas no *British Museum*, não pertencem ao Reino Unido, mas a toda humanidade”. Seria igualmente inadmissível “que o povo francês decidisse, por referendo, *privatizar* as riquezas culturais do Museu do Louvre, vendendo-as em público leilão para angariar recursos financeiros”.³⁴ Essa constatação não tem impedido, todavia, movimento internacional pela exploração econômica da água, transformando-a em simples mercadoria. O Brasil, numa das variações da exploração econômica da água, já criou a figura do produtor independente, que não recebe uma concessão ou permissão para explorar o serviço público de geração de energia elétrica, mas a concessão de uso de bem público para efeito de construção e exploração econômica de hidrelétrica, por sua conta e risco. Além da desfiguração da atividade – transformada de serviço público para atividade econômica *stricto sensu* – há outro desvio que consiste na cobrança de parcelas anuais, utilizando-se o rio, bem de uso comum do povo, como fonte de receitas públicas.

Notas

¹ Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 279.

² Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 20 e 55.

³ Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

⁴ Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 78.

⁵ Fernandes, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, 118, out-dez/74, p. 1-2.

⁶ Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 77 e 79.

- ⁷ Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 77.
- ⁸ Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56.
- ⁹ Oliveira, Fernando Andrade de. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 93.
- ¹⁰ Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 77-78.
- ¹¹ Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 71.
- ¹² Fagundes, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 192-193.
- ¹³ Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 284.
- ¹⁴ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 326.
- ¹⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 100.
- ¹⁶ Freitas, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 77.
- ¹⁷ Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 875.
- ¹⁸ Tribunal Federal de Recursos. *Ementário da Jurisprudência do TFR*, 89, p.11.
- ¹⁹ Tribunal Federal de Recursos. *Ementário da Jurisprudência do TFR*, 27, p.11.
- ²⁰ Tribunal Federal de Recursos. *Ementário da Jurisprudência do TFR*, 28, p.18.
- ²¹ Tribunal Federal de Recursos. *Ementário da Jurisprudência do TFR*, 29, p.17.
- ²² Medauar, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285.
- ²³ Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 193.
- ²⁴ Comparato, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155-158 e 465.
- ²⁵ Lima, Venício. *Mídia – Teoria e Política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 210.
- ²⁶ Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 614.
- ²⁷ Silveira, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey: 2001, p. 146.
- ²⁸ Ferreira, Pinto. O meio ambiente e a defesa da Amazônia. In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 217.
- ²⁹ Delfin Netto, Antônio. O Pró-Amazônia/Promotec. *Folha de S. Paulo*, 02/06/04, p. A-2.
- ³⁰ Apud Rossi, Clóvis (citando Assis Moreira). A socialização do mundo. *Folha de S. Paulo*, 25/02/05, Opinião, p. A-2.

³¹ Bonavides, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 98. *Mexicanização* designa a conquista, pelos Estados Unidos, de uma parte do território mexicano. Diz Pinto Ferreira: “Na guerra contra os Estados Unidos, provocada por estes, o México perdeu a sua Amazônia do Norte. Esta não tinha reservas tropicais, porém um clima temperado, com terras fertilíssimas e amplas, revelando as pastagens do Texas, as riquezas dos imensos lençóis petrolíferos e o ouro escondido da Califórnia. A Califórnia foi descrita, de forma apaixonada, como ‘a mais rica e a mais bela e a mais saudável região do mundo’. Tratava-se, na época, de uma imensa região com cerca de 850 mil milhas quadradas, com a população rarefeita e embutida nas antigas possessões espanholas herdadas pela República do México, quando ela se emancipou em 1821 do domínio espanhol. Os norte-americanos foram ocupando lentamente e de forma pacífica a região hospitaleira, demarcando terras de propriedade privada de que se apossaram com a benevolência do México. Logo depois o território do Texas se desmembrou da República Mexicana, já com ampla população norte-americana, que para lá havia emigrado, e depois ela se autoproclamou uma República em 1836, que durou apenas nove anos”. “Na época a República do México era um país de 7 milhões de habitantes que não pôde enfrentar os Estados Unidos, já fortalecidos pelos seus 20 milhões de habitantes, o que se consumou com a tragédia de uma guerra perdida. Foi assinado um tratado de paz. O tratado de paz, assinado em Guadalupe, trasladou para os Estados Unidos o território que desde então se tornou os Estados da Califórnia, Nevada e Utah, parte do Colorado e a maior parte do território do Novo México e do Arizona” (O meio ambiente e a defesa da Amazônia. In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 217).

³² Boff, Leonardo. A guerra da água. *O Popular*, Goiânia, 28/01/05, p. 8.

³³ Almeida, Luciano Mendes de. O risco dos transgênicos. *Folha de S. Paulo*, 28/06/03, p. A-2.

³⁴ Comparato, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 382; Singer, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 287.

O Direito Urbanístico como Ramo do Direito Social e suas Relações com os Direitos Civil e Administrativo

Sérgio de Andréa Ferreira *

I. O Direito Urbanístico

1. Ao lado dos tradicionais Direitos Privado e Público, o *tertium genus* da contemporaneidade jurídica é o Direito Social.

1.1. Como é próprio desse mais recente ramo jurídico, ao invés de considerar o sujeito de direito, enquanto indivíduo; ou, no contexto estatal, na qualidade de governante ou governado; o *ius sociale* o tem na condição de membro da sociedade, de um grupo social, de uma classe, de um conjunto comunitário.

* Professor titular de Direito Administrativo. Desembargador federal aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.